

# 清代の断獄手続に於ける刑部による駁斥

著者	森田 成満
雑誌名	星薬科大学一般教育論集
号	35
ページ	55-73
発行年	2017-12-10
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1240/00000842/">http://id.nii.ac.jp/1240/00000842/</a>

# 清代の断獄手続に於ける 刑部による駁斥

## Reversal of Original Decision in the Criminal Procedure during the Ch'ing Periods

森田成満

Shigemitsu Morita

(星薬科大学 名誉教授)

### 序言

断獄の手続に於いて律例に照らして罪刑を定めることを定擬（「定案」、「定罪」、「定讞」、「擬定」と呼ぶ。断獄の事案は州県を基底として層をなす管轄下級官衙が作成した原案をもとに督撫が定擬して上奏する。皇帝はその案の是非を刑部に諮問して決済するのが原則である。起案、回議、決済、実施、記録の順に進む稟議制的な手続である<sup>(1)</sup>。

下級の官衙から上申して来た原案を承認せず斥けることを駁斥という。本稿は刑部が督撫の原案を駁斥するのはどのような理由があるときであり、そのときどういう処理をしたかを解明することを目的とする。刑部による駁斥のあり方は裁判や法の仕組みに関係しているのでそれを見ることを通して断獄手続や法の特徴が一層はつきりする。

駁斥に触れる先学の業績として滋賀秀三氏のものがある。ただ、それは刑事訴訟手続全体を説明する論稿の中で簡単に触れるに止まる。本稿は駁斥の仕組みを明らかにする本格的な専論を目指す<sup>(2)</sup>。

依拠する主な史料は律例といわゆる刑案である。恐らく駁斥は重要な判断で

あることが多いことを反映して刑案史料のかかなりの部分を駁案が占める。

## 註

- (1) 拙稿「中国法史講義ノート（Ⅲ）」〔星葉科大学一般教育論集（以下、星葉論集と記す）三一輯〕一頁～八頁。
- (2) 滋賀秀三「清朝時代の刑事裁判——その行政的性格。若干の沿革的考察を含めて——」〔同氏著『清代中国の法と裁判』（創文社、昭和五九年）所収〕二七頁、二八頁。

## 第一節 刑部による駁斥の理由

### 一 犯罪要件の存否の認定の誤り

**事実認定の誤り** 刑部は督撫が上申した原案について犯罪要件の存在を認定し量刑にも誤り（「錯誤」）がないと判断したとき裁可の回答をするように皇帝に進言する（「応請照覆」、「似応照覆」、「似可照辦」）。この裏側が駁斥がなされる場合である。

犯罪要件の存否の認定に誤りがあるときは駁斥する。犯罪要件の認定の誤りの第一は、事実認定の誤りである。その一は、認定した犯罪事実の枠に誤りがあるときである。督撫が定擬し上申した案の中では考慮しなかった事実を取り上げて判断するべきであるとして駁斥する。犯罪事実の枠は律例の条項を意識しながら設定される。定擬するには律例を引照しなければならない。引照には依照と例外としての比照がある<sup>(1)</sup>。それ故、犯罪事実の枠の多くは律例の条項のそれである。同治九年の直隸司が扱った高玉淋が妻の梁氏と通姦した田得才を訴え、執行前に逃げ出した田得才と偶然出くわした時に殴って来たので反撃して殺してしまった事案がある<sup>(2)</sup>。該都統と刑部のそれぞれがそこから犯罪として取り上げる事実の枠が異なる。都統は高玉淋のなした犯罪は田得才の姦通を抑えることを目的としない単なる闘殺としている。刑部は高玉淋の犯罪事実を姦通後にそれに絡んで罪ある姦夫を殺したとして枠付けている。結果として前者は凡闘の律を依照し、他方、それを誤りとする後者は擅殺律を依照する。

・ ・ 該犯は姦通の事実を察知した時に殺さないで州に訴えて審理し定断し

た後に殺した。もとより姦通を捉えて殺したのとはやや違いを感じる。ただ、死んだ者は姦を犯した罪人であって咎めを負ってひそかに逃げまた本夫に向かってそしると共に棒で殴って傷付けた。一つの争端が等しく原因になっている。該犯は彼を死なせたけれども初めから終わりまで怒りの激しさが耐え難いという心情にあった。考えるに姦通行為が既に沙汰やみになった後に他の事情で争いを起こし彼を死亡させたのとは同じではない。情を計り斟酌して判断して擅殺によって処断するべきである。該都統は田得才は姦を犯し逃亡した罪人であるといっても該犯は捉えるためではなかったとして凡闘によって定擬するという。罪名に出入りはないといっても引断は適当ではない。直ちに修正して高玉淋は改めて本夫が姦通の現場をおさえるのに既に姦通の現場を離れており即時に姦夫を殺害したのではない場合は罪人を擅殺した律に照らして絞監候として秋後に執行するべきである。

その二は、犯罪事実の存否の認定に誤りがある場合である（「案情不実不尽」、「憑該犯一面之詞」、「遽聽犯供避就之詞・・率行定讞・実属含混」、「捏詞避就」、「案情未確鑿」、「未研究明確」、「殊不足以成信讞」、「情節既多支離」、「案情疑竇既多」）。この事実の内容は犯罪を構成する要素の仕組みを反映するのであって、行為だけではなく違法性や責任に関係する事実も含まれる。犯罪性の減免事由の存否が問題になっている事案もある<sup>(3)</sup>。

存否の認定の誤りとして事実誤認がある（「不実」）。事実誤認の例として四川総督の上奏に対する刑部の意見を記す道光二十八年の説帖がある<sup>(4)</sup>。劉世増に姦を誘われた劉戊娒が自殺した事案である。劉戊娒は人に恥ずかしめ笑われるからではなく自ら恥じて怒って自殺した。総督の認定した人が恥ずかしめ笑うという事実は存在しない。

・・今、劉戊娒は劉世増に姦を誘われたが果たされず直ちに死んでしまいたいという。事の後さらに劉世増の家の裏に行つて木の上で首を吊つた。該犯が札に沿つて沙汰やみになった後は全く恥ずかしめ笑う人はいないのに、劉戊娒はなおずっと泣き喚きそして首をくくつて死んだ。該犯は既に沙汰やみになったと考えるととっても本婦はなお恥ずかしめに耐えられな

かった。関係ない人が恥ずかしめ笑うことに考えが及び命を捨てようと思った。まさにその恥じて怒る心は解き放たれるときはなかった。該督は劉成嫖に人が恥ずかしめ笑うのを免れないという言葉があるので、直ちに人に恥ずかしめ笑われて後悔して自殺した例に照らして定擬した。罪は生死の出入りに関係する。該督に別に例に沿って正しく擬定して具題させ受け取った日に再び論じる。

また、事実の存在を十分に立証できていないときがある（「不尽」）<sup>(5)</sup>。駁斥の事案には案情不明確とするものが多い。咸豊七年の四川司が扱った説帖がある<sup>(6)</sup>。

・・ただ、査するに、該督は上申して楊進善は画符し唸り心痛病症を治療する。治療してよくなる者もあり治療してもよくなる者もいる。病気がなくて死に至らないのに治療で死亡することもあるという。まだ審理してはつきりさせていないし、かつ、該犯は劉老廣が首犯だと供述するが劉老廣は現在なおまだ捕まらない。原咨を調べるとまだ旁人の確供を取っていない。該犯の一面の詞かどうか、そもそも別に証佐があるのか本部には判断のよりどころがない。該督に命じて再び犯人を呼び出し取り調べて事実をはつきりさせ例に沿って正しく擬し部に報告させる。届いた日に再び議論する。

**準則適用の誤り** 犯罪要件の認定の誤りの第二は、準則の適用の誤りである。その一は、律例の引照に誤りがある場合である（「引断亦未允協」、「引断即難允協」）。ただ、誤りの状況が明示されていない限り史料からは認定する犯罪事実の枠に誤りがあるときと区別し難い場合もある。引照の誤りの一は、依照するときのそれである（「律例違背」、「律例不符」、「与律不符」、「誠有未符」）。誤った依照として律例の条項の解釈〔律意（律義）、例意（例義）、法意、・・之例專指・・者而言〕に誤りがある場合がある<sup>(7)</sup>。律例の解釈の最大の特徴は通例日常的な文字の意味に理解するということである。強いて拡大解釈はせず拡大の働きは比付あるいは秋審に委ねる。道光二十五年の盛京刑部侍郎からの次のような事案がある<sup>(8)</sup>。単詳子が于二小にいたずらをして誤って傍らにいた許小法子をやけどさせて死なせた事案である。該侍郎と刑部のそれぞれが意味が

そこまで及ぶとして同じ事実当てはめた条項は異なる。過失殺人の解釈に誤りがあるとする。

・・査するに、戯れて旁人を誤殺したときは定例に専条がある。どうして過失殺人の律を無理に引いて軽くできようか。今、該犯單詳子は于二小に向かつていたずらし許小法子を誤ってやけどさせ三十七日を越えて死亡させた。戯れて旁人を誤殺した例に沿って絞候にするべきであるのか保辜の期限を計算して分けて処理する。該侍郎が急いで過失殺人律に照らして閹殺罪に準じて取贖にするのは例の趣旨と符合しない。罪は生死の出入りに関係する。該侍郎に再び状況を明らかにして例を調べ心を尽くして正しく案を定めて報告させ届いた日に再び処理する。

盛京刑部侍郎の上奏に対する道光二十四年の刑部の説帖がある。社廟の鼓を打とうとして楊小四と趙三虎が槌を争い趙三虎が誤って倒れて死んだ事案である<sup>(9)</sup>。量刑に違いはないけれども（「罪名無出入・引断究未允協」、「雖罪名並無出入・核與例意空不相符」）戯殺ではなく閹殺であるとする。

また、条項の依照の仕方が律例の仕組みに背く場合がある。犯罪が競合しているときに於いて条項の選択に誤りがあり正しく律例を依照していない場合である<sup>(10) (11)</sup>。専条があればそれによらなければならない（「若本律自有専条・即不得故生枝節・率引他例・致滋岐誤」）<sup>(12)</sup>。道光二十六年の周正慶が周正達と争い誤って周谷氏を死なしめた事案がある。争闘があれば誤殺の専条によるべきであるとする<sup>(13)</sup>。専条がなければ「～本律」とか「～本例」と呼ぶ律や例の一般的な条項を適用する。ただ、時に一般条項によらずに別の条項を比照することもある。陝西巡撫が上奏した道光十八年の事案がある<sup>(14) (15)</sup>。

・・査するに、人妻を我が物にしようとしてその夫を謀殺するのは、これを人の財産を得ようとして人を殺害するものと比べて情況はとりわけ凶悪である。凶財産命の例と比べて罪の定擬をかえって軽くするのはよくない。今、張桂太は許氏を我が物として妻にしようとして本夫の張才を殺害した。許氏に命じて同行させているのは凶財産命して既に財を得ているのと違いはない。例を比付して斬決に処するべきである。もし張桂太はまだ許氏を姦していないというならば例の内に婦女を搶奪というのは一旦奪って門を

出れば既に成立する。人妻を我が物にしようとして人を殺した事案を転じてまだ姦していないからと曲げて安逸に過ごさせることができようか。該巡撫は僅かに張桂太を謀殺人の本律に照らして斬候に擬定したのは特に輕すぎる。該巡撫に命じて例に沿って正しく擬定して報告させる。届いた日に再び議論する。

犯罪が併合しているときには重い犯罪を取り上げる（「相提並論・・從其重者論」、「相提並論・從一科斷」、「從重科斷」）。名例律二罪俱發以重論条はこれを記す<sup>(16)</sup>。道光二十四年の江西司が扱った事案は陳思沅を殴り殺し次いで陳周遇を故殺した鍾老婦娘について陳思沅に対する鬪殺だけを問責する該巡撫の上申を駁斥して陳周遇に対する故殺の責任を問うべきであるとする<sup>(17)</sup>。

・・該犯は陳周遇を故殺し死亡させた。故殺の本律に沿って斬に擬するべきである。その先に陳思沅を殴り殺している。罪は絞に擬するに止まる。輕罪に入る。該撫がにわかに該犯の故殺の重情を省略して問題とせず僅かに陳思沅を鬪殺した事案の中で絞候に擬するのは特に輕縱である。刑罰は斬絞の出入りに関係する。該撫に命じて別に例に沿って正しく擬して報告させる。届いた日に再び議論する。

明文がないときは律例を比照（あるいは、比照した上で刑罰を加減）する（「無治罪明文・自應比附加減定擬」）。そして引照の誤りの二は、この比照のときのそれであって量刑に誤りがあれば駁斥する。また、犯罪類型の類似性を欠く条項を比照している場合に駁斥する。陝西司の扱った同治九年の次の事案はその例である<sup>(18)</sup>。妻の劉孟氏と小功服弟の劉平添が通姦したのを恥じて劉記狗が自尽した。

・・該撫は例に明文がないので該氏を子婦姦を犯して父母並びにまだ縦容せず憂忿戕生例を比照して絞立決に擬するという。これは死んだのはその夫である事案について父母が自尽した例をひっぱっている。引斷は特に間違っている。訂正するべきである。劉孟氏は婦女が人と通姦し、その夫は決して容認せず一旦見聞きして姦を殺そうとしたが遂げなかったので恥じて自尽した場合に姦婦を絞監候に擬する例に改めて絞監候に擬して秋後に処決する。

ただ、犯罪類型の類似性を欠く比照は駁斥すると言うのは上申を斥けるときに使う理由であって、類似性がないときは必ず斥けなければならないという訳ではない。例外的には量刑に誤りがなければ犯罪類型の類似性を欠いていても比照を認めることがある<sup>(19)</sup>。

準則の適用に誤りがあるときの二は、成案に違背している場合である。成案とは律例を引照した過去の事案である。乾隆三年の条例はそれが同様の事案は同様に処理するとして通行されれば拘束力を持つとする<sup>(20) (21) (22)</sup>。しかし、成案に止まる限り遠年のものは勿論、「遠年成案・未經通行・豈得援以為拠」<sup>(23)</sup>、「遠年成案・不准援引比照」<sup>(24) (25)</sup>、近年の成案も必ず引照の根拠とするという意味の法源として確立してはいない。一方、駁斥の根拠になることがある（「與律義成案不符・自應駁令具題」）<sup>(26)</sup>。陳燦登から臨終のときに妻子の監督を託された陳燦淋が彼の妻の陳芮氏と和州老三が通姦するのを知って和州老三と衝突して殺してしまった事案がある<sup>(27)</sup>。もっとも、駁斥の根拠として使えるということであって必ず駁斥しなければならないという訳ではない。

・・今、該犯は故人の族兄の陳燦登と心持は良く大変あつ。陳燦登は臨終のときに該犯が妻子を見守るように託した。死を看取った者が陳燦登の妻と無理やり姦を続けるのをたちまち怒って彼を殺害した。該犯は本夫の有服の親族ではないけれども、ただ、既に臨終の囑託を受けて妻子を見守っているからには調べるに本夫が近付き行つて姦を捉えるのと情況は異ならない。道光二十年広東省の李亜七が姦に関係して拒んで王石門を傷付けて死なせた一案を検査するに、王石門の無服の族弟の王門観は外出するので見守り戸締りを委託した。王石門は李亜七が王門観の妻と通姦しているのを見て直ちに行つてとらえようとするが李亜七に拒み傷付けられて死んだ。李亜七を罪を犯して捕まるのを拒んで捕人を殺した律に照らして斬候に擬して題結してファイルにしてある。その事案は姦匪が見守り戸締りを引き受けた人を死亡させたものである。捕まるのを拒んだときに照らして問責し定擬する。一方、この案の妻子を見守るのを引き受けた人が姦匪を死亡させたのは擅殺によって処断するところから自ずと類推できる。該撫が該犯を故殺律に照らして斬候に擬するのは調べると成案と符合しない。



刑罰は斬絞の出入りに関係する。該撫に命じて再び例案を詳しく調べて心を尽くして正しく擬し上奏させ届いた日に再び議論する。

犯罪要件の認定の誤りを見るときに留意しなければならないのは、実際の事案では必ずしも事実認定の誤りの有無をまず認定し、それに誤りがないときにはじめて準則適用の誤りの有無を検討すると決まっている訳ではないのであって、事実認定に誤りがあるときでも準則適用を議論する場合があるということである。一に、事実に誤認があるとき誤認の事実に沿って引照した律例の条項を改めて、正しいとする事実に沿って引照するように求める事案がある。引照の正誤を論じている<sup>(28)</sup>。二は、事実が存在するとはっきり立証できていないときである。たとえその存在が正しい事実として認定できるとしても律例の引照が間違っているとする事案がある（「案情既未確鑿・引断亦未允協」）。浙江司が取り扱った同治七年の一案は、巡撫は擅殺とするけれども親族相盜の事案に擅殺はない。また、捕える権限のない人に本夫糾往殺死姦夫条の適用もない。さらに送官に突き出すために捕えようとして死亡させてしまったのは謀殺の疑いがあり不実不尽のところがあるとする<sup>(29)</sup>。

浙江司 査するに、擅殺の案件を審理するとき死者は確かに罪人の凶犯でなければならない。確かに捕える責任があつて初めて律によって問責し定擬できる。親族相盜の事案に於いて軽率に罪人を擅殺した条項を使って引きずつて定擬し混乱を起こしてはならない。いわんや供述した致死の情況は多く疑わしい。必ず謀や故意の重情の有無をはっきりさせて確かに定擬すれば間違いがない。・・供述する官に送つて処罰しようと引つ張つて歩き予期せずに息が詰まって死亡した点については、明らかに不実不尽がある。該撫はこの事案の重要な情況に於いて確かに聞き出さず軽率に該犯を擅殺律に照らして絞に定擬した。事案の情況がはっきりしないだけではなく引断もまた妥当ではない。該撫に命じて取り調べてはっきりさせ例に沿つて正しく定擬し上奏させる。届いた日に再び議論する。

## 二 量刑の不当

断獄手続に於いて審理は犯罪要件の存否の認定を軸にしてなされる。律例を依照するときは犯罪要件の存在を認定したとき量刑は定まり、比照するときは

犯罪性の評価ができたときに量刑は定まる。犯罪要件の存在の認定や犯罪性の評価に誤りがなければ本来情罪は釣り合っていて（「情罪相当」、「情罪相等」）、量刑不当（「情罪未為允協」、「情法未為平允」、「情罪未協」、「情罪未平」、「情重法輕」、「情輕法重」、「案関罪名出入」、「案関斬絞出入」、「罪名輕重攸関」）は起こらない。

犯罪要件と量刑は表裏をなしているのであって量刑の不当は犯罪要件から独立した駁斥理由ではない。上級官衙は律例（「法」）を引照する上申案について事案の全体的情況（「情」）を見て量刑し直す。そのときの量刑を上申案の量刑と比較することを通して犯罪要件の認定の誤りの存在に気付かせられるし、量刑が等しければ認定の正しさが推定される。乾隆十六年に決着した湖広司が扱った事案がある。すりを働いた簫達如を捕えようとした何有生に殴られ逃げ出した簫達如が自ら転んで傷付き死んだ事案である。情罪が釣り合わないのでも引照する条項を変えている<sup>(30)</sup>。依照する条項を変えて別の条項を比照せよとする。設定した犯罪事実の枠に誤りがあったことになる。

・・今、該巡撫が言う。何有生は簫達如が塩を盗んだので殴ったら簫達如は頭でぶつかってくる。何有生は簫達如の左の肋腰眼の二か所を拳で殴ると共に官に送って追及するといった。簫達如は恐れてもがいて抜け出てかけまわる。いばらに引っかかりつまずいて切り株が腎臓を傷付けて死んだと。また何有生は簫達如がつまずく前にかつて拳で傷付けている。何有生を罪人が捕まるのを逃れようとしたからではなくて殺したときの鬪殺律によって絞監候とすると言う。情罪が釣り合わない。事は生死の出入りに関係する。慌てて決着させるのはよくない。該巡撫に命じて再び詳しく調べて律に沿って正しく擬定し上申させる。届いた日に再び議論する等々。題駁の後に次いで該巡撫から何有生を改めて夜に理由なく人家に入り既に拘束した後で擅殺した律に照らして徒に擬し上奏した。臣部は乾隆十六年六月内に議論して回答した。上諭をうけた。議に依れと。

比照するとき犯罪類型の類似性はなくても量刑が正しければ駁斥しないことがあるのに対して量刑が誤っているときは必ず駁斥する。審理の目的は正しく量刑することであって犯罪要件の認定は量刑をなす手がかりである。比照した

上で刑罰を加減することがある。そこでは犯罪要件に誤りがあるとして駁斥するときと加減の量刑が誤っているとして駁斥することがあることになる。

## 註

- (1) 拙稿「中国法史講義ノート（Ⅲ）」（星葉論集三一輯）三頁、四頁。同「同論稿（Ⅳ）」（同書三二輯）七〇頁～七二頁。
- (2) 刑案匯覽統編卷一四、一二 a 刑律人命、殺死姦夫条「直隸司 此案高玉淋因伊妻梁氏与田得才通姦控州・・同治九年案」。
- (3) 同書卷一六、五〇 b 同律、鬪毆及故殺人条「山東司 查疑賊致斃人命別問擬抵償之例・・同治十年說帖」。
- (4) 同書卷二一、一七 a 同律人命、威逼人致死条「川督 題劉世増与無服族妹劉戊娛鄰近居住・・道光二十八年說帖」。
- (5) 事実の立証は証拠による。論理則、経験則等から見る合理性の有無によって判断する<sup>(a)</sup><sup>(b)</sup>。合理性の有無を評価するときに特に着眼するのが供述と非供述証拠との食い違いである<sup>(c)</sup>。「審理謀命之案・必須供情確鑿・方可按律定擬・若所供起衅之由・与設謀致死情形・尚多疑竇・即未便率行定讞致滋汪紕」<sup>(d)</sup>。

招招が部まで送られてこない上申に添付する書類に不足不備があることがある。書類を正しく添えることが上級官衙で審理する手続上の要件であるのか書類が十分でないので立証できないとする証拠法上の事柄なのかが問題になる<sup>(e)</sup>。供招の書類がないので判断が難しいとの言葉から見て恐らく後者であろう（「案情既恐未確・全案供招亦未咨部・礙難懸斷」）<sup>(f)</sup>。

招解の要件として招状を取ること（「成招」、「獄成」）は供述の重視を反映している。因みに、地方の審理過程に於いて督撫まで身柄を送られる犯人はそのどの段階でも原审の自供を翻し得た。これが翻異であり翻異があると必ず駁斥される。

## 小註

- a 拙著「中国法史講義ノート（Ⅲ）」（星葉論集三一輯）五頁、六頁。
- b 奉天司からの上申を受け取った刑部の判断を記す咸豊四年の事案がある。殺意を持ったと認定するのは情理に沿わないし、また傷の情況も故意のときに符合しないとする。（刑案匯覽統編卷一六、六八 a 刑律人命、鬪毆及故殺人条「奉天司 查審理命案務須嚴究致死起釁實情・・咸豊四年說帖」）。
- c 陝西司からの上申を受け取った刑部の判断を記す道光十八年の事案がある。盗人が捕まるのを避けるために殺害したとき鬪殺ではないとする。供述と鑑定結果が一致しないことをその判断の材料にしている。（同書同卷、五七 a 同律人命、同条「陝西司 查鬪毆殺人問擬絞候之律係專指導尋常因事爭毆而言」・・道光十八年

案)】。

d 同書卷一三、六 b 刑律人命、謀殺人条「湖広司 査審理謀命之案必須供情確鑿方可按律定擬・・道光二十一年説帖」。

e 奉天司からの上申を受け取った刑部の判断を記す道光二十七年の事案がある。(同書卷二一、一一 a 同律人命、威逼人致死条「奉天司 査調姦未成殺死本婦之案向來辦理俱比照強姦未成殺死本婦之例問擬・・道光二十七年説帖」)。

・ただ、該侍郎は全く全案の供招を記録し備えずわずかに数語を簡単に取り上げて部に進達して指示を請うている。その事案の状況の確かかどうかは決めにくい。該侍郎に詳しく尋問してはっきりし全案の供招を記録して備え事実を確実にして正しく報告させて届いた日に再び議論する。

f 同書卷一四、六四 a 刑律人命、殺死姦夫条「晋撫 咨武傳氏因伊夫武九柱則年幼未知房事・・道光二十三年説帖」。

(6) 同書卷一九、八五 b 同律、庸医殺傷人条「四川 此案楊進善先因染患心痛病症・・咸豐七年説帖」。

(7) 拙稿「中国法史講義ノート (I)」(星葉論集二九輯)。

(8) 刑案匯覽統編卷一九、二八 a 同律人命、戲殺誤殺過失殺傷条「盛京刑部侍郎 咨單詳子因見于二小上炕躺臥隨向玩戲・・道光二十五年説帖」。

(9) 同書卷一六、三 b 同律人命、鬪毆及故殺人条「盛京刑部侍郎 題楊小四先至社廟持槌擊鼓玩戲・・道光二十四年説帖」。

(10) 拙稿「中国法史講義ノート (IV)」(星葉論集三二輯) 七二頁～六八頁。

(11) 新法と旧法の優劣や首犯と従犯の量刑の關係も問題になる(刑案匯覽統編卷四、四六 b 名例律、加減罪例条「湖広司 査向來辦理為從之犯除例內載有專条者應援例問擬外・・道光二十年説帖」)。

(12) 同書卷二五、三三 a 刑律鬪毆、毆祖父母父母条「直督 題李李氏因夫亡子天議立族孫李寶貝為嗣・・道光二十三年説帖」。

(13) 同書卷一九、一一 a 刑律戲殺誤殺過失殺傷条「湖撫 咨周正慶在荒山挖得竹筍携回因小功服兄周正達瞥見・・道光二十六年説帖」。

(14) 同書卷一三、一五 b 同律人命、謀殺人命条「陝撫 題張桂太因凶占丐伴張才之妻許氏不從起意將張才殺死・・道光十八年案」。

(15) 逆に比照の上申を斥けて一般的条項を適用することもある。そのとき考慮するのは刑罰の大小である。河南司が扱った同治七年の事案がある。麦禾を刈って盗み孔慶常に捕えられそうになったので殺害した事案である。(同書卷一九、五四 b 同律人命、戲殺誤殺過失殺傷人「直督 咨溫大丑因査知栗庭標行窃伊地内豆角欲行送究・・道光二十年説帖」)。

(16) 大清律例【『大清律例彙輯便覧』(光緒二九年、成文出版社影印)を使用】卷五、名

例律下、二罪俱発以重論。

- (17) 刑案匯覽統編卷一六、五九 b 刑律人命、鬪毆及故殺人条「江西司 此案鍾老婦娘先因族人鍾香鉄誤砍陳姓山内樹枝・・道光二十四年說帖」。
- (18) 同書卷二〇、一四 b 同律人命、威逼人致死条「陝西司 此案劉孟氏与伊夫小功服弟劉平添通姦・・同治九年」。
- (19) 拙稿「中国法史講義ノート (IV)」(星葉論集三二輯) 七〇頁。
- (20) 大清律例卷三七、二 b 刑律斷獄下「斷罪引律令条例三」。
- (21) 「以符定律而昭画一・相応通行直省各督撫・一体查照辦理・可也」(刑案匯覽統編卷一〇、一 a 窃盜条「広東司 查例載白晝搶奪人財物贓至一百二十兩以上・・道光十九年通行」)。
- (22) 「成案並非通行・例不准援以為拋」(同書卷一一、六三 a 刑律賊盜、詐欺官私取財「陝西司 此案韓老二起意商同孫小保等誣騙私造官錢票一百張・・同治七年說帖」)。
- (23) 同書卷一二、四〇 a 同律賊盜、夜無故入人家条「嗣拋該督以捕役与賊格鬪誤殺・・咸豐四年說帖」。
- (24) 刑案匯覽卷一四、一三 b 刑律賊盜、強盜条「雲撫 題賊犯黃老九糾窃王劉氏家銀物放文祥臨時行強一案・・照通行録」。
- (25) 律例に専条があればそれを適用しなければならないので成案が働くことはない。専条がないとき近年の成案を引照できる(「遍查律例・並無作何治罪専条・惟既有辦過成案可循・即應遵照辦理」)<sup>(a) (b)</sup>。成案は律例と共に形あるものとしてまず着眼される。ただ、そのとき成案は根拠として使えるということであつて必ず使わなければならない訳ではない<sup>(c) (d)</sup>。時には通行されていない成案は根拠としないということもある(「本部随案核覆未經通行之件・未便援以為拋」)<sup>(e)</sup>。

#### 小註

- a 同書卷一五、一〇 a 同律人命、殺一家三人条「山東司 查例載致死一家二命係一故一鬪者擬斬立決奏請定奪・・咸豐六年案」。
  - b 小口彦太「清朝時代の裁判における成案の役割について——刑案匯覽をもとにして——」(早稲田法学五七卷三号 杉山晴康教授還暦祝賀論集)。同氏「清代中国の刑事裁判における成案の法源性」(東洋史研究四五卷二号)。
  - c 刑案匯覽統編卷一四、三六 a 刑律人命、殺死姦夫条「陝督 題王小八用刀扎傷童老十身死一案・・咸豐元年說帖」。
  - d 同書同卷、五四 a 同条「直隸司 此案白三先被馬二鷄姦係被逼勉從訊非甘心受辱・・咸豐九年說帖」。
  - e 同書卷三〇、九 b 刑律捕亡、罪人拒捕条「嗣拋該督以有服親屬殺死強姦未成罪人之案・・道光二十年說帖」。
- (26) 刑案匯覽卷三〇、一一 b 刑律人命、鬪毆及故殺人条「陝西司 查律載兩家互毆致死

一命・・嘉慶元年説帖」。

- (27) 同書同卷、三 b 同律人命、同条「蘇撫 題陳燦淋与已故無服族兄陳燦登情好甚篤・・道光二十七年説帖」。
- (28) 道光十八年の四川總督が上奏した次の事案は劉柳興に罵倒された黄昭娃が問い詰めたら劉柳興が逃げ出しつまずいて死亡した。督撫は争毆の事実はないとして黄昭娃を闘殺律に比照するとするけれども争毆に事実はあったのであって闘毆とするべきであるとする（同書卷一六、一 a 同律人命、同条「川督 題黄昭娃因劉柳興酒醉走至斥伊未經讓路黄昭娃分辯被罵・・道光十八年説帖」）。
- (29) 同書卷一六、二二 a 同律人命、闘毆及故殺人条「浙江司 查審理擅殺案件必須死者確係罪人兇犯実有应捕之責・・同治七年説帖」。
- (30) 刑部駁案彙鈔卷三「湖広司 一起打死父命事」。

## 第二節 駁斥後の手続

### 一 事案の処理

**駁令再審** 上申の案件を駁斥したときは差戻すのが通例である（「駁審」、「議駁」、「駁令覆審」、「再行妥擬」、「应令該撫・另行提犯研訊・務得確情・按例妥擬・具題到日再議」、「駁令另行研究去後・茲拋該督照依所駁情節・嚴訊・・」、「应令該撫・・核実妥擬・具報到日再議」）。刑部は書類上の審査をするのであって証拠の収集は地方官がする。それ故、収集された証拠では事実を認定するのに足りないときは上申案を斥けて差戻す。さらに、刑部は諮問機関であって出来得る限り督撫が原案を纏めるべきであるという考えが基本にある。それ故、引照に誤りがあるときも慎重を期して差戻し再度審理させることが多い（「自擬自核・殊非慎重刑章之道」）<sup>(1)</sup>。特に、重要な事案は差戻す。倫紀や（「倫紀攸関・未便率覆」）<sup>(2)</sup> 人命や（「事関人命・未便率結」）<sup>(3)</sup> 量刑に関係する（「事関罪名出入・未便率覆」）<sup>(4)</sup> ときである。

題結の事案は皇帝の裁可を得て駁する（「題駁」）。咨結の事案は刑部の名で駁する（「咨駁」）。再審理の手続は督撫が主導する。督撫が自ら審理すること（「親提案犯」）<sup>(5)</sup> 賢員に審理させることも別の府州県官に委ねる（委審の官）こともある。犯人や証人を省都に呼びだすこともある<sup>(6)</sup>。そのとき府州県官が審理するときは彼らが省都に出向くのであろう。

差戻すときに刑部としての修正案を提示することがある。事実誤認があるときや事実がはっきりしないときに修正案を提示して律例の引照に触れることがある<sup>(7)</sup>。また、事実をはっきりしているけれども引照に誤りがあるとして修正案を示すこともある<sup>(8)</sup>。

再審理では諸々の情況に留意して事実を認定し律例を引照し直す。事実認定はかつての供述と一致するかどうかが重要である（「与原招無異」）<sup>(9)</sup><sup>(10)</sup>。ただ、原擬と同じ事実認定がなされても律例の引照を変えることもある。当然のことながら事実認定に誤りがないということは律例の引照に誤りがないということではない。刑律断罪不当条に付す咸豊三年の条例は原題に固執してはならないとする<sup>(11)</sup>。律例の引照に誤りがあるとき通例は部駁の情節に遵照し刑部の意見に従う（「遵駁改正」）<sup>(12)</sup>。もつとも、必ず刑部の意見に沿わなければならないという形式的な考えはない。それ故、再び原擬と同じ内容で上申すること（「照原擬具題」）もある。それが不十分であるとして繰り返し駁斥されることもある<sup>(13)</sup>。

**応即更生** 差戻さずに刑部が自ら修正するいわば破棄自判がある（「応随案更生」）。自判することによって審理が長引く不都合を避けることができる（「若再行駁擬徒・致案牘紛繁・稽延時日・応即随案更生」）<sup>(14)</sup>。自判することがある第一は、事実が既に明らかなきである。督撫の事実認定に誤りがない（「情節業已明確・惟定罪未能平允・是以即由臣部改正・未經再行駁審・以免拖延」）<sup>(15)</sup>、（「案情既拋査訊明確・毋庸駁令覆審・自應照律更生」）<sup>(16)</sup>。第二は、刑部が適用すべきであるとする準則の方が督撫のそれよりも好ましいし優れていると思われるときである。例えば、刑律断罪不当条に付された条例は斬絞の案件であつて督撫の判断を刑部が軽くするべきであるとき刑部で修正するとする<sup>(17)</sup>。

凡そ斬絞の案件についてもし督撫の定擬した罪が軽すぎて部は重くすると議したら、駁して再審させる。もし定擬した罪が重すぎて部議が軽くその中に疑いがあれば常に駁して正しく定擬し、もし刑部の見るところは確かであればすぐに改めて定擬し上奏する。必ずしも転々と駁して審理し累を及ぼすことはない。



特に、督撫による準則の適用が明らかに誤っているときは自判する。刑律断罪不当条に付された嘉慶十五年の条例は督撫、臬司が引くべき本律を引かずに誤って別の条項を比照して減刑したときは刑部が修正するのであって差戻すことはしないとする<sup>(18)</sup>。

外省が上奏した案件について本律を引いて定擬せず妄りに別の条項に照らして減刑するものがあれば刑部は直ちにその事案を修正し該督撫、臬司を参奏する。再び駁して別に定擬させることはしない。

第三に、むやみに審理が長引かないように考えて自判することがある。例えば、一に、声請して来たようなわずかな微妙な判断は差戻すまでもないとする（「是情節介在疑似之案・悉聽部中自擬」）<sup>(19)</sup>。二に、いずれ督撫に再審理させることになる場合である。秋審手続に沿って監候にするときは自ら修正することが少なくない<sup>(20)</sup>。三に、適用している事案を検索できないので恐らく確立した原則ではないと思われるけれども、刑律断罪不当条の上註に結案出来なくなることを避けるため三回駁斥したら刑部が判断するとある<sup>(21)</sup>。

各省が上申した案件について刑部が駁すること三回に及び督撫が情罪を酌量して修正せずなおとの議を取って上奏してきたら刑部が自ら改めて定擬し、承審の各官や該督撫をすべて失入失出の各本例に照らして懲罰する。

## 二 関係地方官員の懲戒と刑事責任

駁斥されたとき関係地方官員は革職、降級、罰俸という官僚組織上の懲戒責任を問われる（「開參」、「付參」）。実質的な判断をした承審の官員を重く懲戒する〔「查定例・官員承審斬絞人犯・未經審出实情・後別官審出者・將未經審出各官・降一級調用・転詳之臬司・罰俸一年・未經查出之巡撫・罰俸六個月等語」（定例を調べるに、官員が斬絞の人犯を取り調べて実情を明らかにできず後で別の官員が明らかにしたとき明らかにしなかった各官は一級を下げて調用し転詳の按察司は罰俸一年とし、解明しなかった巡撫は罰俸六個月とする等々とある）〕<sup>(22)</sup>。府州県官は正しかったのに巡撫が間違ったときは当然のことながら巡撫だけが処分される。嘉慶五年の上諭がある<sup>(23)</sup>。

嘉慶五年十二月十八日上諭を奉じた。今後刑部に駁斥して修正するべき



事案があつたらその府州県のもとの報告を検査して事実に沿って調べもしもとの報告に誤りがなければ上司が駁斥したのであつて罪名を誤った咎によりその上司を処分する。もしもとの報告は駁斥されずその上司が代わつて引き受けたのであればもと定擬した官員を例に沿って処分するだけではなくその上司をこの例に照らして厳しく議論する。これを通知して知らせる。欽此。

この趣旨の条例が嘉慶十五年に編纂されている<sup>(24)</sup>。審転の督撫は部駁に従えば免責することもあるし<sup>(25)</sup>、免議を請うこともある<sup>(26)</sup>。

また、駁斥されたとき関係地方官員は刑律官司出入人罪に沿って刑事責任を問われる<sup>(27)</sup>。ただ、督撫が律例を引いて上申した事案について刑部が他の条項に比照したときは刑罰の出入に関係なく処罰しないという<sup>(28)</sup>。微妙な判断になる比照をなさなかったときまで問責することはしないということであろう。過失のときは有意のときの刑を減じる。刑罰は吏典、首領官、佐貳官、長官の順に一等を減じる。実質的に判断した者程重く処罰する。

このとき、懲戒処分を優先させて革職後に刑事罰を科するようにして<sup>(29)</sup>、多くの場合、官司故失出入人罪の刑事責任を追及していない。船戸の銭文化が運送を引き受けた江得源の茶油を負債の返済のために金を手に入れる目的で盗賣し逃亡した乾隆末年湖北省の一案がある<sup>(30)</sup>。知県は窃盜に定擬し巡撫は詐欺官私取財律によって流に定擬した。刑部は例に符合しないとして駁斥しそれを受けて巡撫は刑部の考えに沿って上奏し裁可されている。判断を誤った巡撫は懲戒されるに止まっている。もっとも、この懲戒処分を優先する原則はなかなか完全には確立しないのであつて刑事罰が先行することもある。その場合、結案後刑部から吏部に通知して懲戒に付する（「交部議處・応移咨吏部・照例辦理」）<sup>(31)</sup>。

## 註

- (1) 刑案匯覽統編卷一七、九 a 刑律人命、鬪毆及故殺人条「奉天司 查此案沙貴洪因向雇主趙喜洪長支工錢不允・咸豐三年說帖」。
- (2) 駁案新編卷二三、張廷文、毆死期親祖母「江蘇司 一起為拋棄呈報事」。

- (3) 同書卷二七、楊芳、疑賊追趕落水「浙江司 一起為報明事」。
- (4) 同書卷三一、吳達国、罪人拒捕格殺勿論「雲南司 一起為移請相驗事」。
- (5) 刑案匯覽統編卷二一、二七 b 同律人命、威逼人致死条「山東司 查律載因姦威逼人致死者斬監候・・咸豐四年說帖」。
- (6) 駁案新編統卷五、王朝相、誣欠互赫「直隸司 一起為稟明事」。因みに、乾隆九年の条例は州県が審理した事案で供述が一致し罪名が間違っているときは書類だけ州県に戻して修正させてその後督撫に身柄と共に送る。(大清律例卷三七、刑律断獄下、断獄不当条条例三)。督撫までの官衙が駁斥するときは通例原官衙に身柄を送り返して再審理させる。関係者を召喚して審理することもある。
- (7) 前節一。
- (8) 前節で紹介した盛京刑部侍郎が上申した単詳子が許小法子を死亡させた事案は過失殺人とするのはよくないのであって戲殺の成否を見るべきとする。(前節註 8)。
- (9) 刑案匯覽統編卷二〇、二七 b 刑律人命、威逼人致死条「嗣拋該撫委員提訊該犯実無挟制窘辱情事・・咸豐二年說帖」。
- (10) 駁案新編卷二七、何雲成、誣告平人因而致死「浙江司 一起為抄逼致命事」。
- (11) 大清律例卷三七、刑律断獄下、断罪不当条条例六。
- (12) 駁案新編卷一四、劉俊、賊弟拒捕被捕役殺死二命「貴州司 一起為報明事」。
- (13) 同書同卷、孫六、先後鬪毆分別致死重傷「安徽司 一起為叩陳免驗事」。
- (14) 刑案匯覽統編卷一六、四七 a 刑律人命、鬪殺及故殺人条「嗣拋該撫固執原議請仍照擅殺定擬等因具報・・道光二十四年說帖」
- (15) 駁案新編卷一八、李化為、比照因姦威逼人致死「山東司 一起為請旨事」。
- (16) 刑案匯覽卷二七、四 a 刑律人命、殺死姦夫条「雲撫 奏楊恍淙姦故殺胞楊汝中身死勒斃子媳胡辛姑並楊皮二哇誤信姦情聽從加功一案・・道光四五兩年說帖」。
- (17) 大清律例卷三七、刑律断獄下、断罪不当条条例二。
- (18) 同書同卷同条条例四。
- (19) 刑案匯覽卷一六、五二 b 刑律人命、鬪毆及故殺人条「嗣拋該撫咨稱向辨疑賊斃命案件・・同治九年說帖」。
- (20) 同書卷一七、二 b 同律同条「奉天司 此案叢碌因已死王正礼經喜沅等雇令趕車・・道光二十六年說帖」。
- (21) 大清律例卷三七、断獄下、断罪不当条上註。
- (22) 同書同卷三七、官司出入人罪条。
- (23) 同書同卷同条上註。
- (24) 駁案新編統卷二、徐六孜、謀殺幼孩「安徽司 一起為稟報事」。
- (25) 大清律例卷三七、刑律断獄下、断罪不当条上註。
- (26) 同書同卷同条上註。

- (27) 駁案新編卷四、徐十、挾制強奸「山東司 一起為報明事」。
- (28) 同書同卷、于一、図姦尋衅起意踢傷勒斃「直隸司 一起為報明事」。
- (29) 拙稿「清代法に於ける官の活動をめぐる不法からの救済」(星葉論集一一輯) 一〇六頁、一〇七頁。
- (30) 駁案新編卷八、錢文化、船戸盜賣客貨「湖広司 一起為攬裝拐逃事」。
- (31) 同書続卷四、王連盛氏、図姦謀殺本夫「山東司 一起刑部謹奏為遵旨速議具奏事」。

## 結語

現代の刑事訴訟手続の破棄制度と比べたとき清代の断獄に於ける刑部による駁斥には一般的準則を作らず個別的に規制するところがある。それだけ制度としての駁斥は大まかである。

両者の違いの第一は、法源の仕組みの違いを反映する。比照に関連するような駁斥は罪刑法定主義をとる現代刑法にはない。また、現代の判例の働きとは異なり成案に違背していても必ず駁斥しなければならない訳ではない。第二に、断獄では事実の立証が不十分であるとして駁斥することがあるけれども事実認定の仕組みの違いを反映して現代刑訴の事実はあるかないかでありそこには事実誤認しかない。第三に、断獄に於いて手続を規制する準則は多くないのであって定擬手続に違反したとして駁斥している事案を検索できない。現代刑訴の審理不尽に当たるものが見られない。第四に、量刑に幅がない刑法の仕組みを反映して断獄の量刑不当は違う犯罪類型にすることを求める。量刑に幅がある現代刑法は同じ犯罪の中で刑を修正する。第五に、事実認定に誤りはなくて引照に誤りがあるとき単に破棄の理由を示すだけでなく適用すべき準則を進んで提示して駁斥することがある。第六に、地方官衙は刑部が判断した破棄理由等に必ず従わなければならない訳ではない。第七に、現代刑訴は断獄のように審理が長引くことを正面から理由にして自判することはない。第八に、現行の制度は法の手続に沿っている限り関係した裁判官を処罰したり懲戒したりしない。断獄を司る官僚は厳しく責任を問われることが多い。

刑部には督撫の原案の事実認定を否認する権限があり、準則については自らの考えを優越して適用する権限があった<sup>(1)</sup>。このような駁斥制度を通して犯

人を誤りなく処罰しようとしたのである。

註

- (1) 因みに、地方の上級官衙は事実認定と準則の適用のどちらに於いても下級官衙のそれに優越する権限を持つ。